

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

**MAILSON GUSMÃO PEREIRA**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:** comentários sobre a aplicação do efeito modular na Ação Direta de Inconstitucionalidade

São Luis  
2015

**MAILSON GUSMÃO PEREIRA**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:** comentários sobre a aplicação do efeito modular na Ação Direta de Inconstitucionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para, obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Valéria Maria Pinheiro Montenegro

São Luis  
2015

Pereira, Mailson Gusmão,

Controle de Constitucionalidade: comentários sobre a aplicação do efeito modular na Ação Direta de Inconstitucionalidade. / Mailson Gusmão Pereira -- São Luís, 2015.

53 f. il.

Impresso por computador (Fotocópia).

Orientadora: Prof: Valéria Maria Pinheiro Montenegro

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Efeito Modular. 3. Ação direta de Inconstitucionalidade. 4. Segurança Jurídica. 5. Direito Constitucional I. Título

CDU 342

## **MAILSON GUSMÃO PEREIRA**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:** comentários a cerca da aplicação do efeito modular na Ação Direta de Inconstitucionalidade

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em     /     /

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof: Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

---

1° EXAMINADOR

---

2° EXAMINADOR

Ao senhor Deus que me iluminou para a conclusão deste trabalho. A minha família em especial aos meus pais, que me ensinaram, desde sempre, os valores que um homem deve possuir para viver com dignidade. Muito obrigado!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais que me ajudaram desde sempre sendo que esta ajuda culmina neste momento sublime que é a conclusão da graduação.

Aos professores da UFMA, pela orientação e carinho.

Aos queridos amigos, que me apoiaram durante essa conquista.

A todos aqueles que fazem parte da nossa sociedade que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação.

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”.(Aristóteles)

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade a realização de uma análise da forma como o controle de constitucionalidade se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, bem como vem sendo aplicado os princípios constitucionais na sua forma e alcance atinentes a aplicação do efeito modular nas Ação Direta de Inconstitucionalidade. Uma análise mesmo que não exaustiva da evolução histórica destes institutos fazendo uso do direito comparado e explicitação de como se apresentou nas constituições assim como vem sendo aplicada pela Corte Suprema brasileira. O uso da medida cautelar com o escopo em princípios constitucionais e também na legislação ordinária tem por objetivo evitar que ocorra uma maior lesão a direitos do que a manutenção de uma norma flagrada inconstitucional. Os efeitos das decisões da corte suprema tem implicação sobre todo o judiciário e a administração pública, morando aí a necessidade de ter uma avaliação criteriosa da declaração de inconstitucionalidade por parte do supremo e mais ainda quando se modular os efeitos desta decisão. Busca-se com o estudo do tema apresentar os avanços e óbices concernentes as implicações práticas da concessão ou não da aplicação da modulação dos efeitos de uma decisão sobre os súditos.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Efeito Modular. Princípios Constitucionais.

## ABSTRACT

This paper aims at conducting an analysis of how the judicial review appears in the Brazilian legal system and has been applied constitutional principles in form and scope pertaining to application of modular effect on the direct action of unconstitutionality. A non-exhaustive that even analysis of the historical evolution of these institutes making use of comparative law and explanation of how introduced in the constitutions as has been applied by the Supreme Court Brazilian. The use of the precautionary measure with the scope on constitutional purest strains and also in ordinary legislation aims to avoid causing greater harm to rights than maintaining an unconstitutional spotted standard. The effects of decisions of the Supreme Court has implications on the entire judiciary and public administration, living there a need to have a careful evaluation of the declaration of unconstitutionality by the Supreme and even more so when it modulate the effects of this decision. He attempted with the theme of study present the progress and obstacles concerning the practical implications of granting or not the use of modulation of the effects of a decision on the subjects.

**Keywords** : Direct action of Unconstitutionality . Modular effect  
.ConstitutionalPrinciples.

## LISTA DE SIGLAS

ADC - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

ADPF – AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

CC - CÓDIGO CIVIL

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

HC – HABEAS CORPUS

MI – MANDADO DE INJUNÇÃO

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

SF – SENADO FEDERAL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 ABORDAGEM HISTORICA DO SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	
2.1 Controle de Constitucionalidade na Constituição Imperial	
2.2 Controle de constitucionalidade na primeira constituição republicana	
2.3 Controle de constitucionalidade na constituição de 1934	
2.4 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1937	06
2.5 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1946	07
2.6 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	08
<b>3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE</b>	12
<b>3.1 Inconstitucionalidade formal e material</b>	12
3.1.1 Inconstitucionalidade formal	13
3.1.2. Inconstitucionalidade material	14
<b>3.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão</b>	16
3.2.1 Inconstitucionalidade por ação	16
3.2.2 Inconstitucionalidade por omissão	17
<b>4 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	18
<b>4.1 Controle político</b>	19
<b>4.2 Controle judicial</b>	20
<b>4.3 Quanto ao momento de exercício do controle</b>	21
4.3.1 Controle preventivo	21
4.3.2 Controle repressivo	21
<b>4.4 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle</b>	22
4.4.1 Controle difuso	22
4.4.2 Controle concentrado	23
4.4.3 Quanto à forma ou modo de controle judicial	23
4.4.4 Controle por via incidental	23
4.4.5 Controle por via principal ou ação direta	24
<b>5 EFEITO MODULAR E O PLANO DE EXISTÊNCIA DOS ATOS</b>	

<b>JURÍDICOS E DAS LEIS</b>	25
<b>5.10 Plano Da Existência</b>	26
<b>5.1 A validade dos Atos Jurídicos</b>	26
<b>5.1 A eficácia do atos Jurídicos</b>	27
<b>5.1 Nulidade da norma inconstitucional</b>	27
<b>5.2 O Princípio da Nulidade</b>	28
5.2.1 A mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado -art. 27 da Lei n. 9.868 / 9929	29
5.2.2. A mitigação do princípio da nulidade no controle difuso	30
<b>5.3 A Evolução Doutrinária</b>	32
<b>5.4 A Evolução Jurisprudencial</b>	33
<b>5.5 Da Evolução Legislativa</b>	35
<b>5.6 Da Modulação de Efeitos com Base nos Princípios da Segurança Jurídica e da Proporcionalidade.</b>	36
<b>6 CONCLUSÃO</b>	38
<b>REFERÊNCIAS</b>	39

## 1 INTRODUÇÃO

O interesse pelo controle de constitucionalidade das normas surge com a busca de um mecanismo que proporcione segurança jurídica na interpretação e aplicação da lei ou atos normativos e até mesmo de normas constitucionais sancionadas que ingressem no corpo da constituição após a promulgação desta.

Após a Instituição dos Estados Modernos Regidos por uma constituição, se fez necessário o fortalecimento da norma constitucional para com as demais, seguindo os ensinamentos de Kelsen, a Constituição está no topo da pirâmide do ordenamento jurídico. As constituições surgem como ferramenta de imposição de limitação do poder do soberano evitando abusos desde para com os súditos, nesse diapasão algumas ferramentas foram aprimoradas a fim de dar mais efetividade as normas positivadas.

Os ordenamentos jurídicos tinham como pressuposto básico que uma norma inconstitucional deveria ser retirada do ordenamento cessando seus efeitos desde a sua origem, seguindo assim uma rigorosa lógica formal. Com o passar do tempo já é percebido uma mudança de entendimento no sentido de mitigar a solução clássica, ou seja, reconhecer que uma norma mesmo inconstitucional possa produzir efeitos jurídicos. No direito comparado observa-se uma tendência na qual as Cortes Supremas detêm de “poderes” para flexibilizar as decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, observados alguns requisitos de Direito interno.

Deste modo as normas produzem seus regulares efeitos mas de forma manipulada. Objetivamos neste trabalho mostrar como esta tendência está se firmando no mundo e também no Direito brasileiro, faremos uso do direito comparado, da lei nº 9.868/99 que introduziu no ordenamento de forma legal a modulação dos efeitos, além de tecer comentários sobre os princípios autorizadores da modulação dos efeitos, como o da segurança jurídica, proporcionalidade e do interesse social. Este é um trabalho jurídico, realizado sob o método dedutivo.

Inicialmente faremos uma abordagem histórica do controle de constitucionalidade, trazendo como marco o caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana. Após, os marcos históricos nas diversas Constituições brasileira. No capítulo seguinte abordaremos a espécie Ação direta de Inconstitucionalidade e suas mais diversas possibilidades, seguindo a análise da

ação Direta de Inconstitucionalidade e no capítulo posterior abordaremos as modalidades de controle de constitucionalidade dando ênfase as formas de controle, o momento e também os órgãos que exercem cada tipo de controle segundo a Constituição Federal. No ultimo capítulo, não menos importante, faremos uma análise não exaustiva até mesmo pela profundidade do assunto sobre o Efeito Modular na Decisão em sede de Ação Direta de insconstitucionalidade apontando as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o princípio da nulidade e o efeito das decisões em sede de ADI.

## **2ABORDAGEM HISTÓRICA DO SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade se apresenta como um dos temas integrantes do Direito constitucional que surgiu e desenvolve-se no tempo adaptando-se aos mais diversos sistemas políticos, chamando nossa atenção pela importância dispensada a ele desde seu surgimento em registros oficiais, caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana.

Em linhas gerais nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No final do governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria dos votos, buscaram uma forma de continuar a ter influência política através do Poder Judiciário. Desse modo aos 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal que tinha por finalidade instituir novas regras como, reduzir o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; criar dezesseis novos cargos de juiz federal, todos estes eram preenchidos com federalistas aliados do Presidente que fora derrotado.

O presidente derrotado assinou os atos de investidura dos novos juizes no último dia de governo, deixando o seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos juizes nomeados. Vale lembrar que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte. Como restou a Marshall somente um dia para realizar o ato de investidura alguns nomeados ficaram sem receber os atos.

O novo presidente Thomas Jefferson tomou posse, e orientou seu Secretário de Estado, James Madison a não entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juizes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789, que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 para apreciar o caso.

Antes de acontecer o julgamento o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal,

tornando extintos os cargos criados e destituindo seus ocupantes e no mesmo contexto o congresso impediu que houvesse a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803, impedindo assim questionamentos perante a corte e o julgamento do pedido de Marbury. Vale lembrar que o Presidente afirmava que não iria cumprir a decisão que o obrigasse a entregar os títulos ao mesmo tempo que a Câmara iniciou um processo político de impeachment de um juiz federalista que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.

Em 1803 finalmente a corte se reuniu para julgar Marbury v. Madison, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos.

O julgamento da lide Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte se instituiu como capaz de realizar o controle de constitucionalidade, deixando sem eficácia leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais, fato este que não era previsto no texto constitucional vigente. Neste caso a corte suprema buscou fundamentação no sistema sobre a necessidade da revisão das leis, não foi inédito este pensamento, pois na história já havia precedentes neste sentido, na antiguidade e no próprio Estados Unidos o juiz Marshall em seu voto enfrentou o problema decidindo que Marbury tinha direito a investidura no cargo e ponderando sobre o que garantiria este direito e se a corte possuía legitimidade para concedê-lo.

O que possibilitou a existência de um controle das leis como o primeiro caso descrito, ocorrido nos Estados Unidos, em face a constituição foi a consolidação dos sistemas constitucionalistas entalhados nos moldes atuais após o advento da revolução francesa e americana, uma inovação na organização dos Estados que se consolida na segunda metade do século XVIII. (FERREIRA FILHO, 1978, p. 11-15).

No Brasil o controle de constitucionalidade mudou significativamente após a promulgação da Constituição de 1988. Ocorreu a quebra de um modelo onde a ação direta era de competência para apresentação do Procurador Geral da República, existia um monopólio que mudou para um rol de legitimados. Mesmo mantendo o mesmo tipo de controle outrora usados, “incidental” ou “difusos” criou outras formas de controle, inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, mudando a face do controle de constitucionalidade brasileira.

## 2.1 Controle de Constitucionalidade na Constituição Imperial

A Constituição de 1824 possuía forte influência do modelo de legislação francesa, onde não se verifica alguma forma dos modelos hodiernos de controle constitucionalidade. A lei só poderia ser definida, ou seja dada interpretação e alteração pelo órgão legislante, fortalecendo assim o parlamento, apesar de no modelo francês existir uma busca pela harmonia entre os poderes, neste sentido verificamos na lição de Pimenta Bueno(1978, p. 69):

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse

## 2.2 Controle de constitucionalidade na primeira constituição republicana

No modelo republicado já se observa comparando aos moldes atuais o primeiro vestígio de controle de constitucionalidade (art.59,§1º, a e b).

art. 59. Ao Supremo Tribunal Compete:

[...]

§ 1º- Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

O modelo sugerido pelo artigo supra da constituição de 1891, é o do controle por via de exceção, quando a magistratura só fizesse intervenção quando fosse provocada pela parte.

Este modelo de controle foge àquele adotado na constituição imperial aproximando-se do modelo americano e observando tal mudança o insigne gênio, Rui Barbosa destacou em sua magnífica obra em 1893.(RUI BARBOSA, 1962, p. 54-55).

Foi inaugurada aqui o sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro, os Tribunais não legislavam nem serviam de órgão consultivos, mas tão somente de revisores judiciais, ou seja um poder de hermenêutica e não de legislação semelhante ao que é trabalhado no ordenamento jurídico vigente.

### **2.3 Controle de constitucionalidade na constituição de 1934**

Com o advento da carta constitucional de 1934 houve notáveis mudanças no *modus operandi* do controle de constitucionalidade. Afim de evitar insegurança jurídica com as decisões no controle, o legislador introduziu através do art. 179:“CF/34, art. 179 Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou acto do poder publico.”

A determinação para que o ato de declaração de inconstitucionalidade só fosse feito com o voto da maioria dos membros dos tribunais nesse sentido leciona João Mangabeira citado por (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p.159-165).

Nesta constituição foi reafirmada a competência da corte constitucional por meio do (art. 91, IV, e 96) estes artigos mostram que o supremo poderá suspender a execução de lei ou ato quando estes tenham sido declarados inconstitucionais pelo poder judiciário.

Estes dispositivos inovadores vem tentar corrigir o que talvez inspirado no direito comparado tornou as decisões do supremo em sede de controle, sem eficácia. O Senado Federal possuía um poder excessivo podendo declarar a inconstitucionalidade da norma e não dando eficácia ampliada a declaração de constitucionalidade além de no art.68 desta carta magna ser feita ressalva quanto a separação dos poderes “ é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” como nos ensina Gilmar Mendes. (MENDES 2004, 149-168,).

Ainda neste sentido de inovações talvez a mais significativa delas foi a introdução pelo texto magno de 1934 da declaração de inconstitucionalidade afim de evitar a intervenção federal, ou seja, a representatividade do ato confiada ao Procurador Geral da República, nas hipóteses estabelecidas no texto constitucional (art.7º, I, *in fine*). “A eficácia da lei interventiva de competência do Senado ficava

condicionada a aprovação de sua constitucionalidade pelo supremo”, tal como observou Bandeira de Mello.(BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 170).

#### **2.4 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1937**

O texto constitucional da carta de 1937 trouxe em seu bojo àquilo que pode ser considerado um retrocesso em comparação ao texto da constituição sucedida embora não tivesse mudança no modelo de controle difuso nem no quórum especial para declaração (art 96), trouxe a previsão no parágrafo único do artigo supra, que quando fosse do interesse do presidente da República, sob a justificativa do interesse social ou nacional de alta monta o chefe do Executivo nacional poderia submetê-la novamente ao parlamento que por dois terços dos votos de seus membros confirmariam a constitucionalidade da lei ou ato normativo, é o que se pode considerar como nova modalidade de revisão constitucional ora pois com a confirmação esta lei passaria a ter força de norma constitucional nesse sentido nos ensina Celso Bastos.(BASTOS,1989, p. 412).

Apesar de existirem doutrinadores contrários a ideia do primeiro como é o caso de Cândido Motta, que entende ser possível este controle realizado pelo parlamento, pois colocaria o problema da elaboração democrática da leis onde elas deveriam ser trabalhadas, ou seja, no parlamento.(MOTTA, 2004, p. 86-277).

O presidente Vargas no gozo de suas atribuições constitucionais em 1939 editou o Decreto-Lei nº 1.564, confirmando textos ora declarados inconstitucionais pelo judiciário causando grande auroçonos meios judiciários pois estava ali cassado os atos julgados. Como bem observa Lúcio Bittencourt- A constituição de 1937 confirmou a vedação de não apreciação do judiciário de matérias predominantemente políticas (art. 94) e após a edição do Código de Processo Civil de 1939 tirou da apreciação judicial na via mandamental os atos do Presidente da República , dos Ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art.319).(BITTENCOURT, 2009, p. 139-140).

## 2.5 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1946

A constituição de 1946 trouxe em seu texto o resgate da tradição do direito brasileiro que é o do controle judicial como se observa no (art. 101, II, a, b e c). Deu nova formatação ao que já havia sido previsto no texto magno de 1934, atribuindo ao procurador Geral da República a titularidade para apresentação da ação direta de inconstitucionalidade mas tão somente nos casos onde houvesse violação aos princípios da forma republicana representativa, independência e harmonia entre os poderes, temporariedade das funções eletivas, proibição da reeleição de governadores e prefeitos no pleito seguinte, autonomia municipal, prestação de contas e garantias do poder do judiciário. Nestes casos a declaração de inconstitucionalidade era dada pelo supremo, assim leciona o insigne Bandeira de Mello.(BANDEIRA DE MELLO, 1995,p. 192).

A discussão sobre inconstitucionalidade teve grande utilização durante a vigência desta carta magna, tendo como expoente o caso em que o Procurador Geral da República representou junto ao supremo contra disposições de cunho nitidamente parlamentaristas contidas na constituição do Estado do Ceará com o número de representação .

Este caso permitiu a corte suprema o estabelecimento de regras processuais até então inexistentes para apreciação de casos desta natureza, como bem observou Themístocles Brandão Cavalcanti face aos princípios sensíveis (CF, art. 34, VII, e o art. 36, III).(CAVALCANTI, 2010,p. 111-112).

No Brasil assim como outros países latino americanos não possuem um mecanismo único de proteção e defesa dos direitos subjetivos públicos, nesse sentido o (CF, art. 36, III, e § 1º) prevê que a intervenção seja executada pelo Presidente com o supremo competente para conhecer os conflitos entre a União e os Estados e deste entre si. Assim observou Victor Leal.:(LEAL, 2012, p. 25 - 33).

## 2.6 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A constituição de 1988, consagrou o *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) e deu maior amplitude ao mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX). Ainda na linha de proteção dos direitos individuais e coletivos trouxe ao lado do *habeas data*, que garante o direito a informação (CF, art. 5º, LXXII), o mandado de injunção, remédio

especial que será utilizado quando um direito assegurado constitucionalmente não puder ser utilizado por falta de norma regulamentadora (CF art. 5º, LXXI).(MENDES, 2012).

O texto constitucional de 1988 fez com que o até então recurso extraordinário (remédio usado pela parte vencida quando este violar o que dispõe o CF, art. 102, III, a a d), este recurso introduzido na constituição republicana de 1891, deixa-se de ser o recurso mais importante numericamente e tecnicamente que chegava a apreciação do Supremo Tribunal Federal, pois houve uma redução do âmbito de aplicação do recurso, ora pois, foi confiado ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar os casos de colisão entre o direito estadual e o federal ordinário. Essa alteração não trouxe qualquer mudança positiva no número de recursos extraordinários propostos. Enquanto em 1988, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, foram propostos 2.342 recursos extraordinários, em 1989, já sob o império da Constituição de 1988, foram distribuídos 3.060 recursos dessa índole. Essa tendência acentuou-se nos anos seguintes: 1990 - 10.833 recursos extraordinários; 1991 - 10.247 (cf. dados dos Relatórios do STF).

Após a edição da EC nº 45/2004, emenda conhecida como reforma do judiciário, ficou consagrado o disposto no art. 102, § 3º, da CF, a repercussão geral, exigindo que para a interposição de recurso extraordinário que as questões estejam nos termos da lei afim de que o tribunal possa examinar e decidir pela aceitação do recurso ou recusar pela manifestação de dois terços de seus membros. A Lei nº 11.418/2006 introduziu no ordenamento jurídico o (art. 543-A do CPC):

art. 2º A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.  
[...].

Observa-se uma mudança significativa no modelo de controle incidental pois agora passará pelo crivo da admissibilidade do recurso, ou seja, será observado se existe repercussão geral, e a decisão sobre a repercussão geral é irrecorrível e vale para todos os recursos que versem sobre questão idêntica. Existe também a possibilidade de quando for observada a subida de inúmeros recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou relator poderá escolher um ou mais recursos representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou Turma de juizado especial de origem para aplicação do disposto no art 540-B do Código de Processo Civil.(RISTF, art. 326 e 328 (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).(BARROSO, 2012).

Outro que merece destaque é o introduzido pela Constituição federal de 1988 foi a colocação ao lado do mandado de injunção( art. 5º, LXXI, c/c o art. 102, I, q), o controle abstrato da omissão, assim como no controle abstrato das normas pode ser instaurado este controle por iniciativa do Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (art.103 §2ºCF) rol taxativo dos legitimados a propor ADI e ADC. (PEDRO LENZA, 2013, p. 230).

Nos ensina ainda Gilmar Ferreira Mendes que ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c o art. 102, I, q, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.(MENDES, 2012, p. 190).

Uma mudança mais significativa será notada na seara do controle abstrato das normas com o advento da ação direta de inconstitucionalidade, sendo esta pra ato normativo federal ou estadual. assim receita o art. (CF, art. 102, I, a, c/c o art. 103).

Se no tocante ao monopólio da ação por parte do PGR não teve grandes mudanças na jurisprudência, nota-se queela foi decisiva para uma mudança trazida pela Constituição de 1988 no que reporta os legitimados para ingressarem com a ação.

O constituinte assegurou o direito do PGR de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os vários órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988, dita sobre a legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. (MENDES, 2012,p. 218).

Este fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, teve por objetivo precípuo o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico pátreo.

A instituição deste modelo de controle abstrato, impulsionou uma mudança ainda que não desejava na forma como o controle de constitucionalidade era realizado no Brasil, pois qualquer questão agora poderia ser submetida a apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo ainda as observações do Ministro do STF, este nos afirma que monopólio de ação outorgado ao Procurador Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento fundamental, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade. (MENDES, 2012,p. 220).

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, o rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

A instituição da ação declaratória e seu aperfeiçoamento pela EC 45/2004 contribuíram para consolidar o controle abstrato de normas.

Em julgados mais recentes o Supremo Tribunal Federal vêm reconhecendo uma certa fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a possibilidade de utilização simultânea dos dois instrumentos. (MENDES, 2012, p. 1262).

### **3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

A Constituição, entendida como lei superior, que instiui procedimentos vinculantes as pessoas públicas ou privadas e até mesmo para o legislador, sendo possível afirmar que é uma primazia do pensamento contemporâneo. Sem margens para dúvidas a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando-se em conta principalmente os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza, diferentes das violações provocadas por condutas privadas estas igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos.

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser verificada com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros.

#### **3.1 Inconstitucionalidade formal e material**

A Constituição disciplina a forma como as leis são produzidas e demais espécies normativas primárias, delimitando competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De tal modo que, em sua dimensão substantiva, determina condutas e procedimentos a serem seguidos, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio. (BARROSO, 2012, p.38).

##### **3.1.1 Inconstitucionalidade formal**

Como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de

formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

Segundo Canotilho (1993, p. 959) os vícios formais “[...] incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final”.

Podemos, então, falar em inconstitucionalidade formal orgânica, em inconstitucionalidade formal propriamente dita e em inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato. (LENZA, 2013,p.331).

O processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. O vício mais incidente é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. Pela Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art. 61, § 1º), o Supremo Tribunal Federal (art. 93) ou o Chefe do Ministério Público (art. 128, § 5º). Isso significa que somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. Assim, se um parlamentar apresentar projeto de lei criando cargo público, modificando o estatuto da magistratura ou criando atribuições para o Ministério Público, ocorrerá inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. (STF, DJU, 15 set. 1995, ADInMC 1.070-MS, rel. Min. Celso de Mello).

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores. (CANOTILHO, 1993, p. 960).

Segundo Canotilho (1993, p. 965),

[...] hoje, põe-se seriamente em dúvida se certos elementos tradicionalmente não reentrantes no processo legislativo não poderão ocasionar vícios de inconstitucionalidade. Estamos a referir-nos aos chamados pressupostos, constitucionalmente considerados como elementos determinantes de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias (pressupostos objectivos).

### 3.1.2 Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material pode ser entendida como uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional, a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI), ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas. (BARROSO, 2012, p. 42).

Nada impede a coexistência, em um mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material, vícios distintos que podem estar cumulativamente presentes. Aliás, para que a semelhança terminológica não induza a qualquer tipo de confusão, cabe explicitar que a natureza da causa geradora da inconstitucionalidade, formal ou material, não tem relação com a classificação das normas constitucionais, em razão de seu conteúdo, em normas constitucionais formais e materiais. São categorias totalmente distintas e distantes.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada. Há uma única situação em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade acarretará efeitos diversos: quando a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição, ou uma emenda constitucional, e norma infraconstitucional preexistente.

Pedro Lenza nos lembra que nessa hipótese, sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir. As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas (é minoritária, no direito brasileiro, a corrente que sustenta que a hipótese seria de inconstitucionalidade, passível de declaração em ação direta ajuizada para esse fim). Não é o que ocorre, porém, quando a incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional nova é de natureza formal, vale dizer: quando a inovação introduzida apenas mudou a regra de competência ou a espécie normativa apta a tratar da matéria. Nesse caso, a norma

preexistente, se for materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional, é recepcionada, passando apenas a se submeter, ad futurum, à nova disciplina. Dois exemplos ilustram a tese que se está demonstrando: o Código Tributário Nacional (CTN) foi promulgado como lei ordinária (Lei nº 5.172/1966), sob o regime da Constituição de 1946. Sobreveio a Emenda Constitucional n. 18 de 1º de dezembro de 1965, que passou a prever que o sistema tributário seria regido por leis complementares. O CTN desde então continuou em vigor, passando a ter status de lei complementar e necessitando desta espécie normativa para promover sua alteração; na maior parte dos Estados da Federação, o código de organização judiciária era editado por via de Resolução do Tribunal de Justiça. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser exigida lei para tratar da matéria. Os códigos existentes continuaram todos em vigor, válidos e eficazes, mas qualquer nova modificação passou a depender igualmente de lei.(LENZA, 2013, p. 380).

Ainda sobre a inconstitucionalidade material vale lembrar que existem desvios ou excesso do poder legislativo no tocante a edição de normas que vão de encontro aos fins constitucionais ou se afastam deste. Com a difusão do princípio da razoabilidade e a exigência de adequação da norma evitando-se o excesso, tornando-se na atualidade um dos principais parâmetros para o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público. (BARROSO,2012, p.320).

### **3.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão**

Na lição de Pedro Lenza entendemos que Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Não é próprio de uma norma constitucional, nem de qualquer norma jurídica, sugerir, recomendar, alvitrar. Normas jurídicas contêm comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. Na lição de Pedro Lenza, as normas cogentes se apresentam em duas versões sendo elas versões proibitiva e preceptiva, proibindo ou impondo uma forma de comportamento. Existe a possibilidade de se violar a constituição praticando um ato que ela vedava ou não praticando um ato que ela exigia, desse modo pode-se a constituição de uma forma positiva ou de uma forma negativa.(LENZA, 2013,p.325).

### 3.2.1 Inconstitucionalidade por ação

As práticas, as condutas passíveis de censura à luz da Constituição podem se originar de órgãos integrantes dos três Poderes do Estado. Um ato inconstitucional do Poder Executivo, praticado por agente da administração pública, por exemplo, é suscetível de controle pelo Judiciário. Os próprios atos judiciais sujeitam-se ao exame de sua conformidade com a Constituição, por via dos diferentes recursos previstos no texto constitucional e na legislação processual. Nada obstante, no contexto aqui considerado, os atos relevantes no âmbito do controle de constitucionalidade são aqueles emanados do Poder Legislativo, cuja produção normativa típica é a lei.

A referência a inconstitucionalidade por ação, portanto, abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional. Foi em torno dessa situação, diga-se de passagem, que se construiu toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até pelo menos meados da década de 70 (do século passado, o XX). Os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade americano, austríaco, francês, bem como as variadas modalidades de controle político ou judicial, prévio ou repressivo, difuso ou concentrado, principal ou incidental, foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade. Todos esses mecanismos se destinam, de uma forma ou de outra, a paralisar a eficácia ou a retirar do ordenamento um ato que foi praticado, que existe. (BARROSO, 2012, p.320).

### 3.2.2 Inconstitucionalidade por omissão

O que se busca com este tema é saber quando uma norma infraconstitucional padecerá do vício de inconstitucionalidade, que poderá verificar-se em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público.

Fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação positiva ou por atuação, a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores leis ou atos do Poder Público com a Constituição, e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Para Canotilho (1993, p. 982), enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a ‘violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão)’.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, em termos de direito positivo, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão só recebeu previsão nos textos constitucionais, e mesmo assim timidamente, a partir da década de 1970, com sua incorporação à Constituição da então Iugoslávia (1974) e à de Portugal (1976). Nada obstante, em sede jurisprudencial, o tema já vinha sendo discutido em alguns países desde o final da década de 50 e início da década de 1960, como na Itália e na Alemanha. E também na Espanha, a partir da Constituição de 1978. Nesses países, a fiscalização da omissão tem sido efetuada pelos tribunais constitucionais, independentemente da existência de qualquer norma regendo a matéria.(MENDES, 2012).

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi discutido anteriormente a Assembleia Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e in concreto de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas. Ambos os institutos serão tratados em detalhe nos dois próximos capítulos. Por ora, é de proveito entender a inconstitucionalidade por omissão como fenômeno jurídico e suas diferentes formas de manifestação.(MENDES, 2012, p.701).

Quando se observa o sistema jurídico que tem como fundamento balizador a Constituição, entendida como norma fundamental do sistema jurídico, da qual as leis criadas e outros atos normativos precisam estar alinhados ao conteúdo da norma fundamental. No instante que a norma se dispuser em contrariedade com o mandamento superior, esta estaria sujeita aos instrumentos de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2012).

A previsão da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), que já constava no art. 30 da Lei n. 9.868/99, foi mantida no art. 8º, § 4º, II, da Lei n. 11.697/2008.

Ainda, seguindo a orientação da Lei n. 9.868/99, nos termos do art. 8.º, § 5.º, da comentada Lei n. 11.697/2008, ficou mantida a regra no sentido de se aplicar, no que couber, ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal, em face da sua Lei Orgânica, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. (LENZA, 2013, p. 396).

## **4 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno são eles o modelo americano, o austríaco e o francês. Desses três seguimentos surgiram outros mudando em algum ponto mas tendo como determinação principal os mandamentos dos modelos supra.

### **4.1 Controle político**

Em alguns países existe um órgão diferente dos três poderes com a finalidade de ser o guardião da constituição. Observa-se esse sistema é comum em países da Europa, como Portugal e Espanha, sendo o controle normalmente realizado pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais.

Luís Roberto Barroso, como José Afonso da Silva, destaca o modelo francês estabelecido na Constituição de 1958 e que fixou um Conselho Constitucional, composto de 9 Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo como membros natos os ex-Presidentes da República, como exemplo de controle político.

No Brasil, Barroso entende que o veto do Executivo a projeto de lei por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico) bem como a rejeição de projeto de lei na CCJ seriam exemplos de controle político. (BARROSO, 2012, p.42-43).

No Brasil o controle é praticamente judicial tendo este uma maior predominância no entanto, existem o contro político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo, com veto de uma lei por inconstitucionalidade, como também no do Poder Legislativo, na eminência de rejeição de um projeto de lei em uma comissão de constituição e justiça.

### **4.2 Controle judicial**

O controle judicial de constitucionalidade teve seu nascimento no direito norte americano, tendo se solidificado e corrido mundo a partir da decisão da Suprema Corte no caso Marbury v. Madison, julgado em 1803. Embora herdeiro da tradição inglesa do common law, o direito constitucional americano não absorveu um dos princípios adotados no Direito britânico a supremacia do Parlamento, onde

oselementos essenciais foram assim caracterizados por Dicey, em página clássica: poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não; ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias; inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional. (DICEY, 1950, p. 90, apud RAUL MACHADO HORTA, 2002, p. 147).

No sistema norteamericano, justamente ao contrário, o princípio maior é o da supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete qualificado e final. (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985, p. 50).

A lógica do judicial review, conquanto engenhosa em sua concepção, é de enunciação singela: se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.

O modelo de controle de constitucionalidade se apresentou na Europa na constituição de Viena em 1920, seguindo a concepção peculiar de Hans Kelsen. Nesse instante formulou um modelo distinto com a criação de um órgão específico para o desempenho da função, são os denominados pelo doutrinador de Viena de tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário. O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). (JORGE MIRANDA, 1996, p. 383).

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto através de um único órgão (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).

O Brasil, adotou o sistema jurisdicional misto, porque realizado pelo Poder Judiciário daí ser jurisdicional tanto de forma concentrada (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso). (LENZA, 2013, p.332).

### 4.3 Quanto ao momento de exercício do controle

Em regra o controle é exercido pelo judiciário, mas como vimos existem outras modalidades, este controle possui momentos diferentes de aplicabilidade. O momento de atuação do controle preventivo ou repressivo irá se auferir quando da análise de entrada da norma no ordenamento jurídico ou tão somente da sua produção, estes momentos ficarão mais claros com as dilações abaixo.

#### 4.3.1. Controle preventivo

O controle pré, é o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Logo no momento da apresentação de um projeto de lei, o iniciador, a “pessoa” que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei.

O controle prévio também é realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário.( LENZA, 2013, p.326).

Pelo Poder Legislativo, ocorreno âmbito das comissões de constituição e justiça, que existem nas casas legislativas, estas analisam e emitem um parecer, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação; pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo) (Constituição Federal, art. 66, § 1º).

Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, em sede judicial, que tem sido admitida no direito brasileiro. O STF tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em alguns precedentes, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.( Min. Moreira Alves; RDA, 193:266, 1993, MS 21.747, rel. Min. Celso de Mello).

#### 4.3.2 Controle repressivo

O controle posterior ou repressivo será realizado sobre a lei, e não mais sobre o projeto de lei, como ocorre no controle preventivo.

Os órgãos de controle verificarão se a lei, ou ato normativo, ou qualquer ato com indiscutível caráter normativo, possuem um vício formal, ou se possuem um vício em seu conteúdo, qual seja, um vício material. Mencionados órgãos variam de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado, podendo ser político, jurisdicional, ou híbrido. (LENZA, 2013, p.331).

#### **4.4 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle**

Para o exercício do controle de constitucionalidade foi necessário a definição de qual ou quais órgãos poderiam exercer esta prerrogativa, isto devido ao ordenamento jurídico brasileiro adotar tanto características do modelo americano quando o desenvolvido pelo doutrinador vienense.

##### 4.4.1 Controle difuso

Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803. (BARROSO, 2012, p. 326.).

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juizes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. (MAURO CAPPELLETTI, 1984, p. 77).

O sistema de controle jurisdicional dos atos normativos é realizado pelo Poder Judiciário, tanto através de um único órgão (controle concentrado) como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).

O Brasil, como veremos, adotou o sistema jurisdicional misto, porque realizado pelo Poder Judiciário daí ser jurisdicional tanto de forma concentrada como por qualquer juiz ou tribunal .

#### 4.4.2 Controle concentrado

Ao contrário da via de exceção, pela qual o controle difuso se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (lato sensu) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres da Professora Ada Pellegrini Grinover, “tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida principaliter”.

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, também chamada de ação genérica. Isto porque já existia no sistema brasileiro a ação interventiva, igualmente de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal, que figurava como pressuposto da decretação da intervenção federal nos Estados, em determinados casos.

#### 4.4.3 Quanto à forma ou modo de controle judicial

A suscitação de inconstitucionalidade pode ser realizada pela via incidental ou pela via direta, a escolha da via pela qual será requisitada a declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo advém da generalidade da

norma ou da sua prejudicialidade a parte que a requer, lembrando que a forma define os efeitos da decisão.

#### 4.4.3.1 Controle por via incidental

Diz-se controle incidental a fiscalização constitucional desempenhada pelos órgãos da justiça na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente.

Normalmente a inconstitucionalidade era suscitada como tese de defesa pelo réu afim de se escusar do cumprimento de uma obrigação, mas pode ser invocada pelo autor pra fazer valer o cumprimento de uma obrigação que não se fez com base em uma norma reputada como inválida, esta modalidade se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual ou coletivo.

Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental realizado na apreciação de um caso concreto e o controle difuso desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado.

#### 4.4.3.2 Controle por via principal ou ação direta

Que se busca com a ADI genérica é o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres da Professora Ada Pellegrini Grinover, “tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida principaliter”.

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo.

## **5 EFEITO MODULAR E O PLANO DE EXISTÊNCIA DOS ATOS JURÍDICOS E DAS LEIS**

O direito tem como escopo a disciplina da vida social, em fundamentos previamente estabelecidos, nesse diapasão o legislador leva a tutela jurídica certos fatos humanos e naturais e os transforma em fatos jurídicos e estes são transformados em atos jurídicos e é nesta ordem que estão inseridas as normas jurídicas, que são atos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, tendo como finalidade criar ou modificar as situações nelas contempladas.

### **5.1 O Plano da Existência**

Alguns acontecimentos da vida em sociedade são relevantes aos olhos do direito, devido a isso somente alguns deles recebem a judicialização, ou seja, migram do muntofático para o jurídico, a existência de um ato jurídico que é uma manifestação no mundo dos fatos serão percebidos quando nele estão presentes os elementos previamente estabelecidos em lei. (PEREIRA, 1974, p. 556)

No processo de identificação dos elementos constitutivos dos atos é possível distinguir, dentre esses elementos, os que se poderiam dizer comuns, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico como agente, objeto e forma, e os que são particulares de determinada categoria de atos, assim leciona o insigne Sérgio de Andréa Ferreira. (FERREIRA, 1981, p. 150).

Quando ocorre ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que deveriam constituir pressupostos materiais de incidência da norma este fato impede o ingresso do ato no mundo jurídico que tem com consequência direta a formalização de um ato inexistente não integrando o mundo jurídico como parte integrante e tão somente o Direito irá se ocupar de mantê-lo no seu devido lugar.

### **5.2 A validade dos Atos Jurídicos**

Partindo do pressuposto de que o ato existe, passamos a um segundo momento que é o da verificação se sua validade. Isto ocorre constatando-se que o ato possui os elementos que preenchem os atributos que a lei previu. Exemplificando, praticado um ato administrativo, não se faz suficiente o elemento emanado por um

agente público, se faz necessário que este seja competente e ainda assim que o ato tenha por objeto lícito e possível.

Em resumo constata-se que caso estejam presentes os elementos agente, forma e objeto podemos considerar este ato como existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também válido. Caso ausente algum destes elementos leva o ato a ser considerado inválido, podendo segundo o ordenamento jurídico pátrio o considerar nulo ou anulável. (MENDES, 2012 p. 1280).

Seguindo a ideia aqui transcrita, uma lei que entra no ordenamento em contrariedade com a Constituição, seja por conter vício formal ou material, está não existe. Após adentrar o mundo jurídico esta norma gera efeitos como sua aplicação efetiva e estes efeitos muitas das vezes precisam ser recompostos, esta norma é considerada inválida mas esta validade não é a mesma validade técnico- formal, é inválida por estar contrariando a norma superior.

Miguel Reale, Lições preliminares de direito, 1990, p. 105: 'A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)'. E ainda: 'Note-se que, na terminologia brasileira, vigência equivale a validade técnico-formal, enquanto que os juristas de fala espanhola empregam aquele termo como sinônimo de eficácia. Faço esta observação porque essa diferença essencial de significado tem dado lugar a lamentáveis confusões'.

### **5.3 Eficácia dos atos Jurídicos**

Um ato jurídico pode ser considerado eficaz quando este possui aptidão para a produção de efeitos, atinge a finalidade para o qual foi criado ou seja regular as situações nele indicadas. Nesse sentido Flávio Bauer Novelli (1960, p. 21) assinala: "Para distinguir o efeito através do qual se cumpre a função específica do ato ou fato, de outros e diversos efeitos jurídicos que o mesmo pode produzir, chama-se ao primeiro efeito final, típico, principal ou definitivo".

No mesmo sentido o mestre José Afonso da Silva: "[...] Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma."

Nesse sentido podemos entender que a inconstitucionalidade é um vício do plano da validade que logo reconhecida esta invalidade terá reflexos sobre o plano da eficácia, uma norma inválida não deverá ser aplicada. (SILVA, 1999, p. 66)

Dependendo da forma de controle, uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal como posterior suspensão pelo Senado Federal, não deverá mais ser aplicada, não existe um ato formal que a retire do ordenamento jurídico, embora seja considerada morta sem aplicabilidade. Não se deve confundir o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma Lei com a sua revogação, este ultimo sendo a retirada da norma do mundo jurídico.

#### **5.4 Nulidade da norma inconstitucional**

O ato legislativo não pode está em desconformidade com os preceitos constitucionais, sendo contrario pode ser considerado inválido. (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 29-30).

Se a lei for considerada inconstitucional após sua sanção, a esta é aplicada a nulidade pena aplicada desde o caso mais celebre de controle, por Marshall, em *Marbury v. Madison*.

Hamilton, Madison e Jay, *The Federalistpapers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. No *Federalista* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, leia-se:“Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido [...]. Nenhum ato contrário à constituição pode ser válido”.

No mesmo sentido o celebre integrante da corte suprema brasileira nos ensina, Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula. A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (MENDES, 1990, p. 19).

O Celebre Rui Barbosa implantou no Direito brasileiro a teoria de nulidade quando asseverou “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar

precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”. (RUY BARBOSA, 1893, p. 47).

### 5.50 Princípio da Nulidade

A regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional vem sendo, casuisticamente, afastada pela jurisprudência brasileira e repensada pela doutrina.

Ao lado do princípio da nulidade, que adquire, certamente, o status de valor constitucionalizado, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, outros valores, de igual hierarquia, destacam-se, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé.

Nesses termos, valendo-se da evolução da jurisprudência norte-americana, o próprio Lúcio Bittencourt afirma que a “[...] doutrina da ineficácia ab initio da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. (BITTENCOURT, 1942,p. 148).

#### 5.5.1. A mitigação do princípio da nulidade no controle concentrado - art. 27 da Lei nº 9.868/99

Toda evolução e movimento verificados no direito estrangeiro também foram considerados no Brasil, que “legalizou” a tendência jurisprudencial que já vinha sendo percebida, muito embora lentamente, a flexibilizar a rigidez do princípio geral — e que ainda é regra, diga-se de passagem — da nulidade da lei declarada inconstitucional no controle concentrado.

Nesse sentido, com bastante propriedade, estabelece o art. 27 da Lei nº 9.868/99:

art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Trata-se da denominada, pela doutrina, técnica de modulação dos efeitos da decisão e que, nesse contexto, permite uma melhor adequação da declaração de

inconstitucionalidade, assegurando, por consequência, outros valores também constitucionalizados, como os da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.(BARROSO, 2012, p.215).

### 5.5.2 A mitigação do princípio da nulidade no controle difuso

A regra geral do art. 27 da Lei n. 9.868/99, em casos particulares, também tem sido aplicada, por analogia, ao controle difuso.

Em importante precedente, destaca-se ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9, adequando-se ao mínimo constitucional previsto no art. 29, IV, da CF/88. Pouco razoável seria um Município com 2.651 habitantes ter 11 vereadores, 2 além do mínimo constitucional.

O MP de São Paulo pedia a devolução dos subsídios indevidamente pagos e a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei (controle difuso), com efeitos retroativos.

Contudo, conforme ponderou o Min. Maurício Corrêa na parte final de seu voto,

[...] a declaração de nulidade com os ordinários efeitos extunc da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica [...]

Cf. RE 197.917/SP — Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno; DJ de 07.05.2004, p. 8 (“EMENTA: 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de “nulidade, com seus normais efeitos extunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade”). Cf., ainda, trazendo vários exemplos de “modulação de efeitos da decisão”, a densidade do voto do Min. Gilmar Mendes.

Partindo desse precedente, interessante a análise de tantos outros julgados no sentido de se modular os efeitos da decisão também no controle difuso,

destacando-se os julgamentos do RE-AgR 434.222/AM e do MS 22.357/DF. Se não vejamos o primeiro:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. LEI N. 1.762/86 DO ESTADO DO AMAZONAS. VANTAGEM PESSOAL. 1. O art. 139, II, da Lei Estadual n. 1.762/86, assegurou ao agravado o direito de incorporar aos seus proventos 20% da remuneração percebida quando da atividade. À época da edição dessa lei, estava em vigor a Constituição de 1967-69, que vedava a percepção de proventos superiores à remuneração da atividade. Todavia, eventual inconstitucionalidade do artigo 139, II, daquela lei estadual, em face da CB/67-69, nunca foi argüida e a gratificação por ela instituída incorporou-se ao patrimônio dos recorridos. 2. Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se do desconto na remuneração as vantagens de caráter pessoal. É plausível a tese do direito adquirido. 3. A concessão da gratificação deu-se com observância do princípio da boa-fé. Retirá-la, a esta altura, constituiria ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Agravo regimental a que se nega provimento”. Nesse sentido, menciono os seguintes julgados: RE 434.222-AgR/AM, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 01.07.2005; RE 342.210-AgR/AM, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, 2ª Turma, DJe 15.08.2008; e RE 342.222-AgR/AM, rel.Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 06.02.2009.6. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 06 de abril de 2011. Ministra E LLEN G RACIE Relatora”

O STF, portanto, à luz do princípio da segurança jurídica, do princípio da confiança, da ética jurídica, da boa-fé, todos constitucionalizados, em verdadeira ponderação de valores, vem, casuisticamente, mitigando os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade das leis também no controle difuso, preservando-se situações pretéritas consolidadas com base na lei objeto do controle. (BARROSO, 2012, p.318).

Sem dúvida, de maneira coerente, imprescindível essa tendência de mitigação do princípio da nulidade, tanto em sede de controle concentrado como em sede de controle difuso.

O Poder deferido aos Juízes e aos Tribunais de negar aplicação à lei inconstitucional (art. 97, art. 102, inciso III, "a", "b" e "c" da Constituição Federal) pressupõe a adoção do princípio da nulidade. Da mesma forma, a Constituição assegura ao indivíduo a faculdade de provocar o Poder Judiciário para afastar a aplicação de uma lei inconstitucional ao seu caso concreto, podendo, inclusive, provocar a própria Corte Suprema através de recurso extraordinário, quando uma decisão judicial contrariar dispositivo da Constituição (art. 102, III, "a"), o que mais uma vez demonstra a existência do princípio da nulidade na Carta magna de 1988.

## 5.6 A Evolução Doutrinária

O legislador brasileiro escolheu o princípio da nulidade como regra geral, com o passar do tempo a doutrina vem defendendo uma mitigação a este princípio, acompanhando as doutrinas alienígenas.

Os doutrinadores entendem que o só reconhecimento de uma norma como inconstitucional e aplicando a ela o princípio da nulidade absoluta não é o bastante, se faz necessário evitar danos maiores com a simples retirada da norma do ordenamento. Em alguns casos deve se entender que a norma deve produzir efeitos como se constitucional fosse. (SILVA, 2006).

Observamos um julgado para melhor entender o que José Afonso da Silva e outros doutrinadores defendem, na ADI 2501 O STF decidiu pela inconstitucionalidade de um dispositivo da Constituição do Estado de Minas Gerais, mais precisamente o artigo 82, que permitia ao conselho estadual de educação de Minas Gerais autoriza-se a criação de cursos privados de nível superior no Estado, sendo esta uma competência exclusiva da União. Com fulcro neste artigo mais de 120 mil alunos matriculados estudavam há anos. Após, declarada a inconstitucionalidade com aplicação plena do princípio da nulidade absoluta os cursos teriam de ser fechados haja vista que estavam viciados de inconstitucionalidade e os alunos e ex alunos perderiam seus diplomas.

Na decisão o STF aplicou a modulação dos efeitos pro futuro, determinando a inconstitucionalidade da norma, mas determinou que os diplomas já expedidos bem como os que futuramente seriam expedidos dos graduandos teriam validade. A decisão em comento amparou uma situação existente devido uma norma inconstitucional em prol da segurança jurídica e da proporcionalidade.

Declarar uma norma incompatível com a constituição é uma melhor solução do que declarar a nulidade plena, se amoldando esta solução a teoria Kelseniana, para quem a decisão de inconstitucionalidade tem um aspecto constitutivo e não somente declaratório.

## 5.7A Evolução Jurisprudencial

Desde os anos 70 já se encontram precedentes no Supremo Tribunal Federal com o entendimento sobre a possibilidade de mitigação do princípio da nulidade.

No RE n.º 78.594/SP, julgado em 07/06/1974, a 2ª turma do Supremo Tribunal julgou um caso onde um servidor público trabalhava como oficial de justiça com base numa lei estadual que posteriormente veio a ser declarada inconstitucional pelo Supremo. Diante da decisão de nulidade absoluta os atos praticados pelo oficial seriam considerados nulos de plano. O Min. Bilac Pinto entendeu que “os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade – declaração feita contra lei em tese – não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos”. No caso específico o STF entendeu que os atos praticados até então seriam todos válidos.

No julgamento de outro RE de nº 79.343-BA julgado em maio de 1977, o Relator, Min. Leitão de Abreu, com base na doutrina Kelseniana, onde defendeu que uma lei possui anulabilidade, pois passou pelo crivo do chefe do poder executivo sendo processada por órgão do poder legislativo e esta produzindo efeitos não pode ser declarada desde a sua origem, pois produziu efeitos e estabeleceu relações jurídicas entre particulares e o poder público, não devendo estes efeitos serem ignorados, em face do princípio da boa fé. O Ministro atribuiu ainda ao Supremo o poder de declarar a inconstitucionalidade com eficácia restrita.

Deste esta época o STF começou a adotar em casos concretos excepcionais a modulação dos efeitos das decisões em sede de declaração de inconstitucionalidade. Vejamos um julgado em RE de n.º 266994/SP de 31/03/2004, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o

estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos extunc, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário não conhecido.

Notamos que não há dúvidas que o Supremo Tribunal Federal aplica a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em situações excepcionais. O Tribunal faz uma ponderação cuidadosa entre os interesses levando em consideração o princípio da proporcionalidade afastando assim a regra geral que é a nulidade plena e permitindo que uma norma produza efeitos por mais um determinado tempo, como se constitucional fosse.

## 5.8 Da Evolução Legislativa

A fim de regulamentar o processo e julgamento das ADI e ADC perante o Supremo Tribunal Federal, o Congresso nacional aprovou a lei 9.868/99, promulgada pelo Presidente da República em 10 de novembro do mesmo ano de 1999.

A Lei nº 9.868/99 legitimou a faculdade do Supremo Tribunal Federal de realizar modulação dos efeitos nas suas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma. Neste sentido o art. 27 da citada lei dispõe o seguinte *in verbis*:

art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Pelo texto da Lei em comento, Lei nº 9.868/99, entendemos que os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade podem ser administrados pelo STF das seguintes maneiras: feitos retroativos plenos; modulação de efeitos (efeitos retroativos limitados, efeitos ex nunc, efeitos pro futuro).

Como exemplo, podemos observar a decisão na ADI 2240 em 02/08/2007, na qual o Supremo quando da declaração da inconstitucionalidade da lei estadual do estado da Bahia nº 7.619/00 que acabou por criar um novo município no Estado sem observar as normas constitucionais aplicáveis ao caso. O STF, com supedâneo no princípio da segurança jurídica e no disposto no art. 27 da lei 9.868/99, acabou declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/00 do estado da Bahia, não se pronunciando pela nulidade. O STF entendeu que a lei deveria continuar em vigor por mais vinte e quatro meses após o trânsito em julgado da decisão, tempo necessário para que o Congresso Nacional criasse diploma normativo que regulamente a criação de município pelos estados-membros.

Para alguns doutrinadores como o insigne Prof. Alexandre de Moraes, não aceitam que o efeito pro futuro seja tão extenso como o determinado no caso acima. Para ele o Supremo poderia escolher uma data entre a entrada no ordenamento jurídico da norma e a publicação da decisão no diário oficial da União, de tal sorte que a norma após esta publicação não mais pertenceria ao ordenamento, não mais produzindo efeitos. (MORAES, p. 683).

No entanto a maioria da doutrina como cita o mesmo autor acredita que o artigo 27 da lei 9.868 / 99 dita que o STF pode restringir os efeitos da decisão, deixar para após o trânsito em julgado ou para um outro momento a ser fixado. O legislador deveria ser mais claro ao editar a norma, pois até na Constituição austríaca quando a norma é impugnada, o Tribunal Constitucional pode manter a norma produzindo seus efeitos por até um ano após o trânsito em julgado. Uma explicação dada pela doutrina e ao qual o autor não se filia é que o STF, sob pena de criar situações embaraçosas com a limitação do tempo pro futuro. (MORAES, p. 684).

Vale ressaltar, que não existe vedação legal que impeça os efeitos nos moldes aplicados a ADI 2240 em 02/08/2007.

### **5.9 Da Modulação de Efeitos com Base nos Princípios da Segurança Jurídica e da Proporcionalidade.**

Para alguns autores o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não pode ser aplicado posto que é inconstitucional, pois deriva de lei ordinária e não possui previsão legal na Constituição Federal de 1988, e esta servindo de fundamento para a validade de normas situadas em outro plano hierárquico, como as emendas constitucionais aprovadas violando cláusulas pétreas, assim entende Campos (2004, p. 85-86).

Também chegou à mesma conclusão o ilustre Silvio Nazareno Costa, citado por Campos, afirmou que o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, é inconstitucional. Ressaltando que a modulação de efeitos da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser incluída expressamente no ordenamento jurídico brasileiro através de emenda constitucional. (CAMPOS, 2004, p. 85-86).

Colhendo os frutos finais e não menos importantes, partindo do pressuposto que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, fosse inconstitucional, surge a pergunta, estaria o Supremo Tribunal Federal impedido de aplicar a modulação de efeitos nas suas decisões de inconstitucionalidade? O entendimento predominante é que não.

Como já vimos a Corte Suprema brasileira já vinha aplicando a modulação de efeitos muito antes da existência da Lei nº 9.868/99.

E sobre o assento de dois princípios constitucionais, a saber, princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade, permitem o afastamento in caso do princípio da nulidade que é a regra, ponderando os interesses. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes entende que o princípio da nulidade também é a regra no direito pátrio e para afastar a sua aplicação só com um criterioso juízo de ponderação, levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade e prevalecendo a idéia que a afastabilidade da nulidade manteria a segurança jurídica, mantendo-se o interesse relevante. (MENDES, 2008, p. 1268- 1269).

O Direito nos ensina que não existe princípio de caráter absoluto. Em alguns casos a aplicação da nulidade poderá causar danos muito maiores do que a norma inconstitucional. Diante destas situações o Julgador fará uma ponderação criteriosa, modulando os efeitos da decisão levando em consideração que os

interesses afetados eventualmente seriam sacrificados da aplicação da nulidade. (MENDES, 2008, p. 1268 - 1269).

Após toda essa análise e ponderação de interesses o STF poderá decidir pela modulação dos efeitos da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, estabelecendo que uma norma só produza efeitos durante um marco temporal, sempre levando em consideração os princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica, sempre com o objetivo de assegurar a máxima efetividade da Constituição.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado no presente trabalho, chegamos ao entendimento que os efeitos da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade sofreu mudanças com o passar do tempo. Uma maior complexidade nas relações humanas e conseqüentemente jurídicas tendenciaram as alterações nos efeitos das decisões, uma mudança aparentemente inevitável. Outras nações já admitem a possibilidade de modulação dos efeitos expressamente no texto constitucional, dando uma maior segurança jurídica para o operador do direito aplicar esta regra. No ordenamento jurídico pátrio, tal situação é regulada por uma lei ordinária. Está expressamente previsto que em situações excepcionais a regra do princípio da nulidade é afastada tanto no controle difuso quanto no controle concentrado.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 tentou trazer regulamentação para a espécie, entretanto, tal artigo padece de inconstitucionalidade, pois não existe previsão no texto constitucional que dê supedâneo a existência da norma. No que se refere a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o Judiciário possui a segurança para aplicar a modulação dos efeitos mesmo se caso for considerada inconstitucional a norma que regulamenta a matéria, isto porque pode aplicar a modulação de efeitos com base nos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade, realizando uma criteriosa análise do caso concreto ponderando os interesses em conflito, podendo até permitir que uma norma com flagrante de inconstitucionalidade produza efeitos como se constitucional fosse evitando-se assim um dano maior que o da retirada da norma do ordenamento desde a sua entrada em vigor ou até mesmo após o trânsito em julgado. A corte suprema brasileira vem cada dia mais aprimorando este tipo de método e aplicando a diversas situações, tudo com o objetivo de dar mais segurança jurídica para as relações entre os particulares e destes com o poder público.

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Página eletrônica. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais? Brasília: **Revista CEJ**, n.º25.abr./jun. 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1984.
- CÓDIGO de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 20 fev. 2015.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 maio 2015.
- CONSTITUIÇÃO Federal de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 03 abr. 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DIDIER JR, Fredie. **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LEI nº 9868/1999 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm) . Acesso em: 05 jan. 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular**. 27.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Inocêncio Mártires Coelho; GONET BRANCO, Paulo Gsuatvo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**: seleção histórica. 1996.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Ruy Barbosa. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

PESSOA, Robertônio Santos. **Controle de constitucionalidade: jurídico-político ou político-jurídico?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2882>>. Acesso em: 20 maio. 2015.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Guaraci de Souza. Princípios e Regras: a nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/60521>. Acesso em: 05 out. 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MOTTA FILHO, Cândido. **A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**.